

Fragen zum Arbeitskampfrecht nach dem Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April 1971

Prof. Dr. Gerhard Müller, geboren am 10.12. 1912 in Limburg/Lahn, war nach Jura-Studium und Vorbereitungsdienst zunächst Leiter des Arbeitsamtes Limburg/Lahn, später Präsident des Landesarbeitsgerichts in Frankfurt/Main. Ab 1954 war Gerhard Müller Senatspräsident beim Bundesarbeitsgericht, dem er seit dem 26. 2. 1963 als Präsident vorsitzt. Er lehrt Arbeitsrecht als Honorarprofessor an der Universität Köln.

Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit

Wenn der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts das Prinzip der Verhältnismäßigkeit als oberstes Prinzip unseres Arbeitskampfrechts bezeichnet, so bedarf diese Aussage, wie ich meine, einer Ergänzung*). Ausgangspunkt und insofern oberstes Prinzip des Arbeitskampfrechts ist die rechtliche Möglichkeit, überhaupt einen Arbeitskampf zur Erzielung anderer Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durchführen zu können. Tragender Grundsatz nach den Gesamtausführungen des Beschlusses ist nämlich, daß der Arbeitskampf um Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, den die dem Rechte nach arbeitskampffähigen Parteien führen, für beide Seiten, für die Arbeitnehmerseite und für die Arbeitgeberseite, als legitim anerkannt wird. Das ist m. E. eine konsequente Fortsetzung der mit der Entscheidung vom Januar 1955 eingeleiteten Rechtsprechung. Der Arbeitskampf tariffähiger Parteien um Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist sowohl auf öffentlich-rechtlicher Ebene wie auf privatrechtlicher Ebene rechtmäßig, stellt also keine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dar und darf nicht als Arbeitsvertragsbruch gewertet werden. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ist allerdings unter dem Gesichtspunkt oberste Norm des Arbeitskampfrechts als es das Phänomen des Arbeitskampfes von Grund auf rechtlich ausgestaltet. Die Institution wird nach diesem Erfordernis gemessen, und ebenfalls sind ihre Erscheinungsformen im konkreten Falle nach ihm zu messen. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit selbst gewinnt der Beschluß auf Grund der Erwägung, daß der Arbeitskampf nicht nur die Kampfparteien und

*) Große Teile des vorliegenden Aufsatzes sind mit Zustimmung von Professor Müller aus einem von ihm verfaßten Beitrag in der Zeitschrift „Recht der Arbeit“ übernommen worden; anderes ist von ihm neu erarbeitet.

ihre Angehörigen berührt, sondern Dritte und die gesamte Gesellschaft erfaßt. Der Gemeinwohlgedanke ist, wenn man es auf eine sehr abstrakte Formel bringen will, also angesprochen. Der Arbeitskampf wird als Rechtsinstitut nicht isoliert, nicht für sich stehend gesehen, sondern er ist eingebettet in die gesamtgesellschaftlichen und in die gesamt-volkswirtschaftlichen Vorgänge. Von diesem Hintergrund her kommt, liest man den einschlägigen Teil der Entscheidung, das Bundesarbeitsgericht überhaupt zum Prinzip der Verhältnismäßigkeit als oberster Arbeitskampfregel.

Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit führt allerdings auch zu einer weiteren Folgerung. Im Verhältnis der Kampfparteien untereinander ist dieser Grundsatz ebenfalls zu wahren. In den Gedanken und Formulierungen des Erkenntnisses wird das an verschiedenen Stellen deutlich. So etwa, wenn davon die Rede ist, daß die Kampfführung fair sein muß, daß der Arbeitskampf überhaupt erst nach Erschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten zum Zuge kommen darf und daß das Ziel des Arbeitskampfes die Wiederherstellung des Arbeitsfriedens ist. Dabei ist der Begriff des Arbeitsfriedens — was ihm von bestimmten Seiten vorgeworfen wird — nicht in einem verschwommenen Sinne gebraucht, vielmehr stehen eindeutig der Ablauf der Produktion, überhaupt die Leistungen, die gemeinsam vom Unternehmer/Arbeitgeber und von den Arbeitnehmern getragen und verwirklicht werden, in Rede. Der Gedanke des Arbeitsfriedens weist allerdings gleichzeitig wieder auf das Gemeinwohl hin.

Beide Aspekte des Prinzips der Verhältnismäßigkeit im Arbeitskampfrecht sind zu beachten und zu sehen. Der Gemeinwohlgedanke und das heißt hier zunächst die Beachtung des Umstandes, daß der Arbeitskampf sich innerhalb der Volkswirtschaft abspielt und irgendwie die Volkswirtschaft und die Gesamtgesellschaft tangiert, muß notwendigerweise zum Zuge kommen, legitime Positionen Dritter einschließlich eben der Gesamtgesellschaft müssen ihre Beachtung finden. Mit dem Gebot der fairen Kampfführung als Konsequenz aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit wird sodann etwa deutlich, daß im Verhältnis der Kampfparteien untereinander ebenfalls die gebotene Rücksicht zu nehmen ist: Es geht, wie das Bundesarbeitsgericht ausdrücklich sagt, nicht zuletzt darum, daß eine Kampfpartei nicht die andere vernichtet, was im gegebenen Fall aber auch wieder den allgemeinen gesellschaftlichen Bereich berühren kann. Schließlich ist meiner Auffassung nach gleichsam eine Zwischenzone zwischen den Kampfparteien hier und den Erfordernissen Dritter und der Gesellschaft dort zu beachten. Es dürfte nämlich nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit darauf zu achten sein, wie der Arbeitskampf jeweils auf diejenigen wirkt und dort Auswirkungen zeitigt, die zwar nicht im konkreten Falle in einem strengen Sinne Kampfparteien sind, die aber doch eine unmittelbare Affinität zu den eigentlichen Kampfparteien haben. Es ist als besondere Seite dieser Sicht also auch das Problem der Sympathie-Aussperrung und des Sympathie-Streiks angesprochen; hier treten Arbeitnehmer oder Arbeitgeber, die unmittelbar durch den Ar-

beitskampf nicht berührt sind, solidarisch der einen oder anderen im Kampf stehenden Seite bei.

Wenn man das zunächst so einfach erscheinende Prinzip der Verhältnismäßigkeit in dieser Weise analysiert, ergibt sich, daß es sich nicht auf eine einzige Problemstellung bezieht. Es birgt gleichsam in sich eine Anzahl von Problemen, wobei ich möglicherweise nur einige angesprochen habe. Die Leitlinie ist gegeben. Wie sie aber im einzelnen Falle wirkt und welche der verschiedenen im Prinzip der Verhältnismäßigkeit zusammengefaßten Aspekte Priorität zu beanspruchen haben, das ist noch nicht entschieden.

Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit dem Arbeitskampf als Rechtsinstitut darf nicht isoliert gesehen werden. Mit der betonten Einführung dieses Erfordernisses in das Arbeitskampfrecht dürfte das Bundesarbeitsgericht einer Tendenz unserer Rechtsentwicklung gefolgt sein, die seit geraumer Zeit festzustellen ist. Für unser Rechtsleben ist auf vielen Gebieten das Verbot des Übermaßes entwickelt worden. Unsere eng verflochtene Gesellschaft muß im Interesse aller ihrer Angehörigen Schranken setzen, Rechtsschranken, die die Soziabilität der Gesellschaft, das Verflochtensein, das Miteinander, das Auf einander-Angewiesensein der einzelnen und der Gruppen sicherstellen; die relative Isolation der Institute, die neben anderen Gegebenheiten das vorindustrielle Zeitalter gesellschaftlich und nicht zuletzt rechtlich kennzeichnete, besteht nicht mehr. Damit der einzelne und damit die Gruppen bestehen können, ist jeder einzelne und ist jede Gruppe gehalten, im gegebenen Falle die eigene Rechtsposition etwas zurückzustecken. Das ist wohl der letzte tragende Gedanke unseres Prinzips der Verhältnismäßigkeit.

Aussperrung prinzipiell anerkannt

Der Beschluß erkennt die Aussperrung als solche an, und zwar sowohl als ersten Akt eines Arbeitskampfes überhaupt wie als Gegenschlag gegenüber einem Streik. Vor allem das erstere wurde bestritten und bleibt sicher auch nach der jetzigen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts bestritten. Dessen Auffassung dürfte von ihrer Begründung her zum mindesten aber ein sehr großes Gewicht haben. Die Möglichkeit, durch den Arbeitskampf eine Regelung herbeizuführen, wenn eben eine Regelung anders nicht zu erreichen ist — und dieses „Wenn eine Regelung anders nicht zu erreichen ist“ ist doch die Prämisse, die gegeben sein muß, damit ein rechtmäßiger Arbeitskampf vorliegt — verlangt, daß die Kampfparteien jeder Seite mit Druck und Gegendruck arbeiten können. Man muß, wie ich meine, anerkennen, daß das Sozialstaatsprinzip zwei Möglichkeiten zu seiner Ausformung hat, mindestens zwei Möglichkeiten. Einmal die unmittelbare rechtliche Anhebung des sozial Schwachen. Das ist der tragende Gedanke des Individualarbeitsrechts. Das beste Beispiel, das sich hier wohl anführen läßt, ist der weittragende Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz. Es ist aber auch noch eine ganz andere Gestaltung des Sozialstaatsprinzips möglich. Der sozial

Schwache gewinnt im Zusammenschluß mit anderen Stärke und begegnet als solidarische Gruppe in Konfrontation seinem Gegenspieler. Unser ganzes Tarifvertragssystem beruht auf diesem Gedanken eines Gleichgewichts der Kräfte durch Zusammenschluß der einzelnen. Dabei ist es offenbar so, daß eine Verbindung der, wie man gemeinhin sagt, typmäßig Stärkeren, der Unternehmer/Arbeitgeber im Arbeitgeberverband diesem wenn überhaupt, jedenfalls kein besonderes, mindestens kein ins Gewicht fallendes Übergewicht gegenüber den Gewerkschaften gibt. Es besteht typmäßig und vor allem durchweg ein Gleichgewicht.

In Konsequenz des eben skizzierten, muß, wie ich meine, auch der einzelne Arbeitgeber aussperrungsfähig sein, sofern er nur wirtschaftliche Macht gegenüber den Arbeitnehmern besitzt. Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat immerhin ausdrücklich ausgesprochen, daß die Frage, ob der sogenannte „kleine“ Arbeitgeber wirklich tariffähig ist — obwohl er doch nach dem Wortlaut des Tarifvertragsgesetzes tariffähig wäre —, von Ihm im vorliegenden Falle nicht entschieden zu werden brauchte; das Gericht sieht also hier jedenfalls ein Problem. Der „große“ Arbeitgeber ist stets tariffähig. Nach dem Druck- und Gegen- druckprinzip des Koalitionsrechts, das ich soeben unter dem Gesichtspunkt des Sozialstaatsgedankens angesprochen habe, ergibt sich dann, daß der typmäßig starke einzelne Arbeitgeber auch in der Vereinzelung aussperrungsfähig ist. Für meine Person möchte ich sogar die Frage aufwerfen, ob dann, wenn man mit der grundrechtlichen Anerkennung der positiven Koalitionsfreiheit weiter die typischen Koalitionsmittel des Arbeitskampfes — also jeweils Streik und Aussper- rung — als durch die Verfassung gewährleistet ansieht, nicht kraft Analogie oder in einer Reflexwirkung dem einzelnen „starken“ Arbeitgeber ebenfalls grund- gesetzlich die Aussperrungsmöglichkeit verbürgt ist; er ist nun einmal stark.

Wenn das Bundesarbeitsgericht sagt, im Falle der suspendierenden Aussper- rung habe es der Arbeitgeber in der Hand, je nach der Marktlage und den Erfor- dernissen des einzelnen Betriebes die Wiederaufnahme der Arbeit vorzunehmen, er könne sie aber, vom Falle der Fortführung der Aussperrung als eigenes Kampf- mittel abgesehen, nicht ohne Rücksicht auf die betrieblichen Notwendigkeiten beliebig hinauszögern, so ist damit die Kontrolle der Gerichte für Arbeitssachen gerade über die Wiederaufnahme der Tätigkeit der Arbeitnehmer angesprochen. Damit stellt sich die Frage nach der Justiziabilität einer solchen Nachprüfung. Im einzelnen Falle mögen die Gerichte vielleicht überfordert sein, aber als verbind- liche Leitlinie ist das Postulat der Nachprüfung schlechthin unerläßlich. Die Ge- richte werden sich streng bemühen müssen, ihm stets zu folgen, damit nicht un- kontrolliert Dinge geschehen können, die unmittelbar und in sehr nachhaltiger Weise die Existenz des Arbeitnehmers berühren. Allerdings könnte maßgebliches dafür sprechen, daß man zu Typisierungen kommt, um auf diese Weise Prakti- kabilität zu erreichen. Jede Generalklausel — und alles, was der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts im vorliegenden Zusammenhang gesagt hat, ist letztlich nichts anderes als generalklauselartig — verlangt im Interesse der Rechtssicher-

heit auf die Dauer mehr oder weniger die nähere Konkretisierung durch typmäßige Gestaltungen.

Bei der lösenden Aussperrung, die unter besonderen Voraussetzungen zulässig ist, stellt sich die Frage, unter welchen näheren Bedingungen sie als Antwort auf einen rechtmäßigen Streik erfolgen kann. Die Schwierigkeit der gerichtlichen Nachprüfung ist, nur in anderer Gestalt, abermals gegeben. Die Gerichte für Arbeitssachen werden nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit die gegenseitigen legitimen Positionen auszuwägen haben. Wiederum ist daran zu denken, ob man nicht zu typisierten Gestaltungen, besser gesagt, zu typisierten Gewichtungen kommen sollte, um allseits handliche Ergebnisse zu gewinnen. Der Beschluß nennt als ein Beispiel für die Zulässigkeit der lösenden Aussperrung den Fall, daß infolge eines länger andauernden Streiks eine besondere Kampfintensität eintritt. Das scharfe Mittel der lösenden Aussperrung — das allerdings wieder wegen der Pflicht zur Wiedereinstellung nach billigem Ermessen die notwendige soziale Abminderung erfährt — darf zur Beendigung des Arbeitskampfes eingesetzt werden.

Nachprüfbarkeit der Rechtmäßigkeit

Die Entscheidung sagt wörtlich: „Arbeitskämpfe dürfen nur insoweit eingeleitet und durchgeführt werden, als sie zur Erreichung rechtmäßiger Kampfziele und des nachfolgenden Arbeitsfriedens geeignet und sachlich erforderlich sind.“ Dieser Satz beinhaltet u. a. nicht mehr und nicht weniger, als daß die Gerichte für Arbeitssachen im gegebenen Falle auch nachprüfen können und nachprüfen müssen, ob im Verhältnis zwischen dem angestrebten Kampfziel und dem eingesetzten Mittel des Arbeitskampfes der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist. Die Frage wird gestellt und sofort vom Bundesarbeitsgericht bejaht, daß der Arbeitskampf nicht nur nach der Art seiner Durchführung, sondern ebenso wegen des mit ihm erstrebten Zieles daraufhin zu beurteilen ist, ob er nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit rechtmäßig erscheint. Sofort ergibt sich jedoch ein neues Problem. Sind die Gerichte für Arbeitssachen jetzt so etwas wie Treuhänder der Arbeit geworden? Mit anderen Worten, wird auf dem Wege über die in Rede stehende gerichtliche Kontrolle ein Lohnamtssystem eingeführt, so daß also festzustellen wäre, ob wirklich das konkret geltend gemachte, mit dem Arbeitskampf verfolgte Begehren einer Kampfpartei berechtigt ist oder nicht? Ich möchte das verneinen. Das Erfordernis einer Kontrolle, die bis in das letzte die Angemessenheit des Arbeitskampfes im Hinblick auf das erstrebte Kampfziel untersucht, überfordert einmal jedes Gericht. Es müßte sehr subtile volkswirtschaftliche Überlegungen anstellen, es müßte sehr subtile betriebswirtschaftliche Kostenrechnungen vornehmen, es wäre dem Sachverständigenpiel mit Gutachten, Gegengutachten und Obergutachten ausgeliefert, und in jedenfalls sehr vielen Fällen bliebe alles doch in einer letzten Ungewißheit stehen. Insbesondere aber kommt meiner Ansicht nach noch ein anderer Gedanke zum Zuge. Da der

Arbeitskampf als von der Rechtsordnung zur Verfügung gestelltes Instrument bejaht wird, kann wohl nur seine offensichtliche Ausuferung nachgeprüft werden.

Sehr viele Fragen gerade auch nach der Rechtmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit eines Geschehens werden in der Praxis der Verfahren gar nicht auf Grund der materiell-rechtlichen Betrachtung der Dinge entschieden, sondern die Entscheidung fällt nach der Vortrags- und Beweislast der Parteien. Ist der Arbeitskampf von Hause aus mit der Vermutung der Rechtswidrigkeit belastet, so muß derjenige, der ihn als ersten Kampftat gesetzt hat, in jedem Falle seine Rechtmäßigkeit beweisen. Hat er dagegen die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich, ist es an derjenigen Seite, die vom Arbeitskampf betroffen worden ist, seine Rechtswidrigkeit darzutun. Die Bedeutsamkeit der Frage wird deutlich, wenn man beachtet, daß es vielleicht nicht immer möglich ist, eine eindeutige Beurteilung zur Rechtmäßigkeit oder zur Rechtswidrigkeit auf Grund der näheren Umstände zu treffen.

Das Bundesarbeitsgericht verlangt, daß die Verbände, und zwar insbesondere durch einen Tarifvertrag, der dann doch wohl für möglichst lange Zeit zu gelten hätte, Kampfregeln aufstellen. Dieser Satz des Beschlusses ist aber grundsätzlich nichts anderes als eine *lex imperfecta*. Stellen die Tarifvertragsparteien keine Kampfregeln auf, so stellt der Richter sie auf. Nichts anderes besagt doch der Satz, daß im gegebenen Falle nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes nach Anlaß, Beginn, Art der Durchführung und weiterer Entwicklung zu prüfen ist. An Stelle der Tarifvertragsparteien schöpft der Richter die rechtlichen Kampfregeln. Konkret bedeutet das, daß das Gericht jedenfalls zunächst im Nachhinein nicht zuletzt prüft, ob Fairneß gewahrt hat und das sonst zu Beachtende beachtet wurde. Hier stellen sich mehrere Probleme. Die potentiellen Kampfparteien schließen über lange Zeit hinaus vielleicht keine Tarifverträge ab, mit denen Kampfregeln normiert werden; sie schließen etwa insbesondere keine Schlichtungsvereinbarungen ab. Dabei geht es nicht darum, daß der Schlichtungsspruch verbindlich sei. Denn würde der Arbeitskampf entfallen, wäre der Beschluß, der doch gerade den Arbeitskampf als letztes Mittel bejaht, in sich widersprüchlich, und man käme entgegen allem, was mit ihm zur Bedeutung des Arbeitskampfes für ein freies Tarifvertragssystem gesagt ist, auf diese Weise zu einer modifizierten Art des Lohnamtssystems. Die Schlichtung mit verbindlichem Ergebnis ist zwar möglich; sie wird aber nicht verlangt. Hier steht in Rede, daß ein institutionalisierter Versuch ohne verbindliches Endergebnis, mehr nicht, zu einer friedlichen Erledigung zu kommen, nicht vorgesehen wird.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der Bedeutung der Urabstimmung als eines Erfordernisses für die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes, des näheren eines von der Gewerkschaft getragenen Streiks. Ich vermag nur, auf das Problem hinzuweisen. Dafür, daß die Urabstimmung erforderlich ist,

könnten verschiedene Überlegungen sprechen. Einmal der Umstand, daß der Arbeitskampf, der doch die Volkswirtschaft tangiert, auf jeden Fall hinausgezögert wird, also so etwas wie eine auch der Abkühlung dienende und stets ein beachtliches Hemmnis darstellende Vorschaltperiode eintritt. Zum zweiten die Überlegung, daß diejenigen, die gewissermaßen als die Infanteristen notwendig ins Gefecht gehen müssen, nämlich die einzelnen Arbeitnehmer, die dabei unter Umständen trotz aller Kautelen, die der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgestellt hat, im Ergebnis doch vielleicht ihren Arbeitsplatz verlieren können, vor allem und in erster Linie ihre Meinung bekunden und sich für oder gegen den Kampf entscheiden müssen. Aber sofort würde ein besonderes Problem auftreten. Sie alle wissen, daß Urabstimmungen nicht erfolgen im gesamten Kreis der Arbeitnehmerschaft, die den Streik tragen soll, sondern nur im Kreis der organisierten Arbeitnehmer, also bei den Mitgliedern der Gewerkschaft, die ihrerseits den Streik trägt. Sprechen die Gewerkschaftsangehörigen, die von der Gewerkschaft zur Urabstimmung aufgerufen werden, rechtlich repräsentativ auch für ihre Arbeitskollegen, die eben nicht an der Urabstimmung teilnehmen können, aber doch, wenn der Streik Erfolg haben soll, ihn mittragen müssen? Das Problem, das hier vorliegt, kann sehr scharf so gekennzeichnet werden, daß alle Arbeitnehmer ihre Haut zu Markte tragen müssen, andererseits aber auch die Gewerkschaft im Arbeitskampf jedenfalls in gewisser Weise repräsentativ für diejenigen handelt, die ihr nicht angehören. Im Arbeitsleben kommen die Tarifverträge durchweg für die Nichtorganisierten ebenfalls zur Anwendung, und sie können nicht zuletzt für allgemeinverbindlich erklärt werden. Ist mit der im Ergebnis zugunsten der gesamten Arbeitnehmerschaft angelegten Tätigkeit der Gewerkschaften bereits ein Moment aufgezeigt, das gegen die Notwendigkeit einer Urabstimmung spricht, so kommt ein weiteres hinzu. Die Kampftaktik wird es sehr oft fordern, überfallartig vorzugehen.

Gegenüber dem rechtswidrigen Streik hat das Bundesarbeitsgericht die Möglichkeit der individualrechtlichen außerordentlichen Kündigung bejaht, dann jedenfalls, wie ich nach meiner persönlichen Sicht der Dinge sagen möchte, wenn die streikenden Arbeitnehmer erkannten oder erkennen mußten, daß der Streik rechtswidrig war. Statt der Kündigung kann aber auch die lösende Aussperrung erfolgen. Das Zurverfügungstellen dieser Alternativmöglichkeiten könnte auf den ersten Blick als Widerspruch erscheinen. Die individualrechtliche Kündigung löst schlechthin; gegenüber der lösenden Aussperrung besteht jedoch das Gebot der Wiedereinstellung nach billigem Ermessen. Dem Bundesarbeitsgericht dürfte aber die Erfassung eines mehrschichtigen Sachverhalts wenigstens im Grundsatz geglückt sein. Bei einem rechtswidrigen Streik kann der Arbeitgeber, jedenfalls, sofern der Streik eine Massenerscheinung ist, nicht seine sämtlichen beteiligten Arbeitnehmer wegen der fristlosen Kündigung auf die Straße setzen, will er sich nicht selbst dem Ruin aussetzen. Er will ja nach der Beendigung des Streiks sein Unternehmen weiter tätig sein lassen. Auf der anderen Seite

wäre das rigorose Mittel der außerordentlichen fristlosen Kündigung auch im Falle eines rechtswidrigen Streiks wenigstens in sehr vielen Fällen unbillig.

Da die lösende Aussperrung Betriebsrats-, Personalratsmitglieder, Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, die aus dem Unternehmen kommen, Schwerbeschädigte und unter Mutterschutz stehende Frauen nicht treffen darf, dürfte mindestens ernstlich zu prüfen sein, ob für diese Personen nicht hinsichtlich der arbeitgeberseitigen außerordentlichen fristlosen Kündigung im Falle des rechtswidrigen Streiks Entsprechendes gilt.

Zur Gestalt und Erscheinungsform des Arbeitskampfes sagt der Beschluß des Bundesarbeitsgerichts nichts. Es dürfte also in jedem Einzelfall zu prüfen sein, ob von der Art der angewandten Mittel her ein Streik oder eine Aussperrung in Rede steht. Hüten muß man sich nur, von der Bezeichnung auf Gehalt und Ziel des Mittels zu schließen. Daß das „gebündelte Zurückbehaltungsrecht“ — massenhafte Verweigerung der Leistung der Schuldner, bis die ihnen gebührende Leistung bewirkt wird, wenn sie aus demselben rechtlichen oder wirtschaftlichen Verhältnis, auf dem ihre Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger haben — überhaupt keinen Arbeitskampf darstellt, sei ausdrücklich betont. In der Praxis wird es allerdings vielleicht nicht immer leicht sein, bei jeweils der gleichen Erscheinungsform den verschiedenen rechtlichen Inhalt zu bestimmen.

Arbeitskampf als systemüberwindende Maßnahme?

Der Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts hat eindeutig den Arbeitskampf um Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen als Rechtsinstitut anerkannt, mag dies, wie schon gesagt, auch nicht ausdrücklich geschehen sein. Von dem und jenem wird das Bundesarbeitsgericht wieder einmal angegriffen werden, der Arbeitskampf sei „in das System“ integriert worden, anstatt als „systemüberwindende Maßnahme“ anerkannt zu werden. Wenn solches gesagt wird, so ist das völlig richtig gesehen. Hätte das Bundesarbeitsgericht jedoch den Arbeitskampf als „systemüberwindende Maßnahme“ zugelassen, dann hätten seine Richter die erste Pflicht eines jeden Richters in jeder Rechtsordnung grob mißachtet. Es wäre nämlich der Umsturz und die Gewalt zum Rechtsprinzip erhoben worden. Das duldet kein Rechtssystem der Welt; es würde sich doch sonst selbst aufgeben. Der Arbeitskampf wird für eine freiheitliche Arbeitsrechtsordnung als äußerste Möglichkeit ausdrücklich bejaht. — Der legitime Widerstand gegen unrechtmäßig ausgeübte öffentliche Gewalt liegt auf einer anderen Ebene. — Wenn der Arbeitskampf zur Überwindung des „Systems“ gutgeheißen worden wäre, wäre das eine Verletzung des Rechtsgedankens in seinem tiefsten Fundament. Der Arbeitskampf darf also nur als ein Mittel zur Regelung von Teilkonflikten innerhalb der Gesamtgesellschaft angesehen werden, als ein Mittel zur Herbeiführung neuer Teilordnung, sofern hierfür freier Raum besteht.

Eine Frage von ganz besonderem Gewicht mag sich in diesem Zusammenhang stellen. Kann der Arbeitskampf legitimerweise zur Veränderung grundsätzlicher Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen eingesetzt werden, des näheren, stellt die Rechtsordnung das Institut des Arbeitskampfes, insbesondere den Streik, zur Verfügung, um beispielsweise Unternehmen, Wirtschaftszweige oder die gesamte Volkswirtschaft in Gemeineigentum oder in eine sonstige Form der Sozialisierung zu überführen? Es ließe sich argumentieren, die Wirtschaftsbedingungen seien von den Arbeitsbedingungen zu unterscheiden; soweit sie jedoch die soziale Situation des Arbeitnehmers und der Arbeitnehmerschaft betreffen, seien sie ein Feld der koalitionsgemäßen Betätigung, und damit stehe der Streik als Mittel zur Herbeiführung einer anderen Wirtschaftsordnung zur Verfügung, von der man annimmt, sie sei menschengemäßer. Eine derartige Wirtschaftsordnung sei nicht zuletzt demokratisch besonders legitimiert, weil sie von der Gesamtheit her, vor allem von der Arbeitnehmerschaft, getragen werde. Das Problem dürfte sich aber bei einer grundlegenden Sicht anders zeigen.

Das Institut des Arbeitskampfes, so wie es unsere Rechtsordnung kennt, setzt das Gegeneinander von Arbeitgeber-/Unternehmerseite einerseits und der Arbeitnehmerseite andererseits voraus. Der Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts gründet in einem wesentlichen und ihn tragenden Ausgangspunkt auf dem Bestehen eines Gegenspielerverhältnisses; mit Nachdruck weist die Entscheidung auf den Arbeitskampf der potentiellen Tarifpartner zur Erreichung eines tarifvertraglich zu verwirklichenden Zieles hin. Gleichzeitig wird die Vernichtung der einen Kampfpartei durch die andere untersagt. Letzteres Ergebnis würde jedoch mindestens im Ergebnis angestrebt, wenn der Arbeitskampf das Ziel hat, die Eigentumsverhältnisse an den Unternehmen im Sinne einer Vergemeinschaftung zu ändern. Die Existenz jedenfalls der bisherigen Arbeitgeber-/Unternehmerseite soll hier doch radikal aufgehoben werden.

Dies gilt auch, wenn man im Falle von Gesellschaften als Ziel des in Rede stehenden Arbeitskampfes die Übertragung der Anteilsrechte der bisherigen Anteilseigner in mehr oder weniger großem Ausmaß auf den Staat oder eine sonstige öffentliche Einrichtung bezeichnet. Unbestreitbar bleibt dann zwar die Aktiengesellschaft, die GmbH usw. vordergründig als Eigentümerin des Unternehmens erhalten. Der Sache nach ist jedoch an Stelle des bisherigen Eigentümers ein anderer getreten; die Form wäre nur der Mantel für ein wesentlich anderes Subjekt. Die Vergemeinschaftung der Unternehmen, gleich welcher Art sie auch immer sein mag, führt zu einem derartigen Wandel ihrer realen Struktur und zu einer derartigen Veränderung ihrer Stellung in der Volkswirtschaft, daß eine sachliche Identität nicht mehr gegeben ist. Der Grundsatz von Treu und Glauben, ein tragendes Prinzip einer jeden Rechtsordnung, verbietet ein Handeln, das auf eine Umgehung der Rechtsordnung hinausläuft.

Das Bundesverfassungsgericht hat einmal gesagt, das Grundgesetz gebiete nicht das System der sogenannten sozialen Marktwirtschaft. Man mag auch über

die sachlichen Vorzüge und Nachteile dieser Wirtschaftsordnung streiten, wobei jedoch nicht vergessen werden sollte, daß viele Angriffe, wenn nicht der Angriff auf diese Wirtschaftsordnung schlechthin, ideologisch begründet sind. Zumindest steht fest, daß unsere real gegebene Wirtschaftsordnung, also in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, die menschenwürdige Existenz auch des einzelnen Arbeitnehmers und Nicht-Unternehmers von Hause aus nicht in Frage stellt. Gerade ein Arbeitsrechtler darf in diesem Zusammenhang einmal die Bedeutung des Arbeitsrechtes hervorheben. Die Vorstellung von der schlechthin vollkommenen Sozial- und Wirtschaftsordnung ist nichts anderes als eine Utopie. Dann ist aber ein Arbeitskampf mit dem Ziel, die bestehende Wirtschaftsordnung ganz oder teilweise aufzuheben und eine andere an ihre Stelle zu setzen, ein extrem schwerer Eingriff in das Gefüge der Gesellschaft. Hier wird ein bestimmter Aspekt des Gemeinwohls sichtbar, eines Begriffes, der zwar inhaltlich sehr weit gefaßt, jedoch, was ebenfalls gesagt werden muß, wieder alles andere als eine Leerformel und verschwommen ist. Die Erschütterung der Gesellschaft und des Gemeinwesens durch einen Arbeitskampf mit dem Ziel, die gegebene tatsächliche Grundlage des Wirtschaftswesens schlechthin aufzuheben und ein anderes System einzuführen, sind derart schwer, und andererseits ist das gegebene Wirtschaftssystem zumindest in sich keineswegs unsittlich, so daß nur der Gesetzgeber eine Änderung der in Rede stehenden Art vornehmen kann. Mit der grundsätzlichen Veränderung des Wirtschaftssystems wird eine Grundsatzentscheidung von größter gesellschafts- und wirtschaftspolitischer Bedeutung getroffen, die der Autorität des Gesetzgebers bedarf. Nicht zu vergessen ist im übrigen, daß bei einer derartigen Umgestaltung schon aus verfassungsrechtlichen Gründen unter Umständen die Frage der Entschädigung mit eine Rolle spielt. Möglicherweise bereits wegen dieses Umstandes kann der Arbeitskampf hier eine inadäquate und damit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit widersprechende Größe sein. Insgesamt besteht für den Arbeitskampf kein vom Recht freigegebener Raum.

Die Pflicht zur Entschädigung mag man nun als einen zwar bedeutsamen, aber nach seiner Rechtswertigkeit vielleicht doch nicht als einen an erster Stelle stehenden Rechtsgedanken ansehen. Immerhin könnte so doch eine Verkennung nach wie vor wichtiger Maximen unserer Grundrechtsordnung vorliegen. Im Zusammenhang hier dürfte vor allem aber ein anderer Umstand zu bedenken sein. Die Beeinträchtigung des Gemeinwohles würde wegen einer Außerachtlassung der Rechtsordnung selbst eintreten, zu der nun einmal alle Rechtswerte zählen. Die Geltung der Rechtsordnung insgesamt darf auch bei einem Arbeitskampf nicht in Frage gestellt werden. Der Rechtsgedanke wäre es, den man sonst tangierte.

An dieser Stelle ist ein weiteres zu bedenken. Die Durchführung eines Arbeitskampfes ist in einem allgemeinen Sinne die Durchführung eines Verfahrens. Dieses Verfahren ist deswegen äußerstes Mittel, weil zur Herbeiführung eines bestimmten Zieles und einer bestimmten Regelung Macht und Gewalt eingesetzt

werden. Ich bin zwar der Letzte, der Macht und Gewalt bereits von Hause aus in sich für verwerflich hält. Wenn aber als entscheidende Mittel letztlich nur Macht und Gewalt zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges zum Zuge kommen, so wird man doch mit der Frage konfrontiert, ob nicht einem derartigen Vorgehen ein Moment der Unberechenbarkeit und damit der Willkür anhaftet. Nicht zuletzt deswegen ist beherrschendes Prinzip für den Arbeitskampf der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Geht es um Grundordnungen der Wirtschaft und Gesellschaft, wird man also fragen müssen, ob die Rechtsmaxime der Verhältnismäßigkeit es nicht von vornherein verbietet, diese Grundordnungen, die als solche schon deswegen wirken, weil sie vorgegebene Größen sind, anders als durch einen Akt der Gesetzgebung aufheben und ändern zu können. Jede andere Sicht würde die Rechtsgemeinschaft und das Gemeinwesen von vornherein mehr oder weniger erheblichen Willkürgefahren aussetzen.

Bei der Frage, ob der Arbeitskampf nach der Rechtsordnung zur Veränderung grundsätzlicher Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen eingesetzt werden kann, stoßen wir also darauf, daß der Rechtsgedanke oder, wenn man so will, der materiale Rechtsstaatsgedanke, der sich nicht in der Garantie des Rechtswegs und der Unabhängigkeit der Gerichte erschöpft, nicht in Frage gestellt ist. Anderenfalls sind die Rechtsgemeinschaft und alle ihre Angehörigen bedroht. Der Gemeinwohlgedanke zeigt sich in einer bestimmten Entfaltung. Es ist auch nicht zulässig, eine Relativierung derart vorzunehmen, daß man sagt, hier bewege man sich im außerrechtlichen Raum. Habe der Arbeitskampf den Erfolg, daß die Wirtschaftsordnung grundlegend geändert sei, so müsse die nunmehrige neue Ordnung als Ordnung anerkannt werden.

Es ist sicher zutreffend, daß eine etablierte Ordnung, und zwar auch eine solche allgemeiner Art, um des Rechtsfriedens willen jedenfalls im allgemeinen anzuerkennen ist. Es wäre sonst im Ergebnis die ständige gewalttätige Auseinandersetzung das alles beherrschende Rechtsprinzip; das ist jedoch zutiefst inhuman, der Mensch ginge zugrunde. Eben deswegen ist aber auch eine Unterscheidung zwischen rechtlichen und außerrechtlichen Gegebenheiten, wie sie hier angesprochen ist, nicht zulässig.

Die Sozialstaatsmaxime des Grundgesetzes führt zu keinem anderen Ergebnis. Sie trifft eine Grundaussage zu unserem Wirtschafts-, Gesellschafts- und Rechtsleben. Der Sozialstaatsgrundsatz wird wohl auch bei dem Blick auf rechtsgeschichtlich Gewordenes den Arbeitskampf, wie er bisher in Erscheinung trat, als Rechtsinstitution legitimieren. Aus ihm kann jedoch nicht gefolgert werden, man dürfe die Rechtsgemeinschaft einer jedenfalls und zum mindesten doch sehr großen Willkürgefahr aussetzen. Im letzten wäre das gerade mit dem Sozialstaatsprinzip selbst nicht vereinbar.

Was die Mitbestimmung auf Unternehmensebene angeht, die auch eine Strukturfrage von grundsätzlicher Bedeutung für die Wirtschaftsordnung ist, sei noch bemerkt, daß es jedenfalls bisher allgemeine Meinung war, die Regelung der

Unternehmensverfassung und damit auch die Regelung der Verwirklichung des Mitbestimmungsgedankens in diesem Bereich sei ausschließlich eine Sache des Gesetzgebers. Ein Arbeitskampf mit dem Ziel, den Gesetzgeber zu einem bestimmten inhaltlichen Akt der Gesetzgebung zu zwingen, ist rechtswidrig, dies ist allgemein anerkannt. Es sei zusätzlich nur darauf hingewiesen, daß die Anerkennung eines solchen Arbeitskampfes einen plebiszitären Zug der Gewalt in unser Gesetzgebungsverfahren tragen müßte. Das läßt das Grundgesetz nicht zu. Einen Zug der Gewalt beim Gesetzgebungsverfahren anzuerkennen, würde im übrigen mit keiner Verfassungsordnung vereinbar sein. Wiederum stünde der Rechtsgedanke auf dem Spiel.

Funktionswandel der Gewerkschaften bei Veränderung grundsätzlicher Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen

Jedenfalls bei bestimmten Formen des Gemeineigentums und der Sozialisierung geht es ferner darum, ob die Gewerkschaften noch Gewerkschaften bleiben, ob sie also als soziale Schutzmacht für den Arbeitnehmer weiter tätig zu werden in der Lage sind. Entsprechend dem Grade ihrer Einschaltung in die Trägerschaft der vergemeinschafteten und sozialisierten Unternehmen kommen sie nämlich in eine in sich widersprüchliche Rolle. Sie sollen die Belange der Arbeitnehmerschaft und des Arbeitnehmers gegenüber den Unternehmensleitungen vertreten und gleichzeitig sind sie andererseits an der Unternehmensleitung mitbeteiligt. Von den ihnen dann zufallenden zwei Aufgaben her müßten die Gewerkschaften wohl stets im Konflikt mit sich selbst stehen. Wie das sowjetrussische Beispiel und letztlich auch die jugoslawische Arbeiterselbstverwaltung zeigen, kommen sie sehr leicht dahin, nur noch, mehr oder weniger ausgeprägt, diejenige Stelle zu sein, die die Weisungen an die Arbeitnehmerschaft weitergibt oder gibt. Das jugoslawische Modell darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß auch bei ihm Partei und Staat die letzte wirtschaftliche Kompetenz besitzen.

Es wäre somit zumindest stets mit der Möglichkeit zu rechnen, daß bei einem auf ein derartiges Ziel gerichteten Arbeitskampf nicht nur die Arbeitgeber-/Unternehmerseite, sondern auch die Gewerkschaftsseite rechtlich am Ende nicht mehr vorhanden oder doch erheblich denaturiert ist. Die Folgerungen blieben dieselben, wie wenn nur die Gegenseite der Gewerkschaften nicht mehr existent bleibt; in Wirklichkeit wären die Voraussetzungen, die zu einem Verneinen des Arbeitskampfes als Rechtsinstitut und damit zu seiner Rechtswidrigkeit führen, sogar kumuliert. Dazu ist die Aufgabe der Gewerkschaften, soziale Schutzmacht für die Arbeitnehmerschaft und die Arbeitnehmer zu sein und zu bleiben, mindestens auf das höchste gefährdet. Ein rechtlicher, gesellschaftlicher und sozialer Grundsachverhalt unserer Gesellschaft würde insgesamt mehr oder weniger entfallen, mindestens aber wäre er sehr bedroht.

Ein Hinweis auf die Lösung des Betriebsverfassungsrechtes zieht, wie ich meine, nicht. Zwar ist auch das Betriebsverfassungsgesetz 1972, ebenso wie das

für das Betriebsverfassungsgesetz 1952 galt, völlig eindeutig von der Maxime der kooperativen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber/Unternehmer hier und Betriebsrat dort getragen. Nichtsdestoweniger ist der Betriebsrat stets Repräsentant der Belegschaft und auf die Geltendmachung der Belange der Belegschaft und ihrer Angehörigen bezogen. Der Mitbestimmungsgedanke kann nur unter der Voraussetzung verwirklicht werden, daß, bei aller kooperativen Zusammenarbeit, eine Einigungsstelle mit einem unabhängigen Vorsitzenden zur Verfügung steht. Bei der Mitbestimmung auf Unternehmensebene haben sämtliche Mitglieder des Aufsichtsrates, gleich von welcher Seite sie stammen, nach geltendem Recht die Belange des Unternehmens, seiner Belegschaft, der Aktionäre, der Gläubiger des Unternehmens, auch Belange der Gesamtwirtschaft usw. zu beachten; die Arbeitnehmervertreter sind, ebenso' wie von Rechts wegen die sogenannten Vertreter der Kapitaleseite, nicht Interessenvertreter der Arbeitnehmerschaft im Aufsichtsrat, sondern ihre soziologischen Repräsentanten. Der „elfte Mann“ ist vorgesehen, weil unbeschadet der eben skizzierten, für sämtliche Aufsichtsratsmitglieder geltenden Rechtspflicht stets die Möglichkeit einer Entscheidung des Aufsichtsrats sichergestellt bleiben soll. Eine eindeutige gesetzliche Klarstellung durch den Gesetzgeber selbst wäre erforderlich, wenn die Angehörigen des Aufsichtsrats als Interessenvertreter auftreten sollten. Dann aber müßte folgerichtig auch, und zwar wieder von Gesetzes wegen, vorgesehen sein, daß der „elfte Mann“ bei sämtlichen Aufsichtsratssitzungen anwesend zu sein und erforderlichenfalls mit abzustimmen hat.

Differenzierter als die Frage nach der Veränderung grundsätzlicher Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch den Arbeitskampf dürfte die Frage nach der Bildung und dem Zuwachs von Produktivvermögen in der Hand des Arbeitnehmers auf Grund eines Arbeitskampfes zu sehen sein. Zu den Inhaltsnormen, die ein Tarifvertrag enthalten kann, die in aller Regel sogar seine vor allem wichtigen Bestimmungen sind, zählen die Regelungen über die Entgelthöhen. Es will mir ohne weiteres zulässig erscheinen, als Arbeitsentgelt auch Beträge und Größen anzusehen, die für den Erwerb von Produktivvermögen durch den Arbeiter bestimmt sind und sogar dieserhalb zweckgebunden sein mögen. Dann aber wird sich hierum ein Arbeitskampf rechtmäßigerweise führen lassen. Allerdings ist es denkbar, daß in einem solchen Falle der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit möglicherweise in einem größeren Ausmaß als sonst die Überprüfung des Zweck-Mittel-Verhältnisses gestattet. Eine offensichtliche Überbelastung der Wirtschaft und damit eine nachhaltige Tangierung der Gesamtgesellschaft und somit des Gemeinwohls wird vielleicht schneller deutlich werden. Es bleibt jedoch stets zu beachten, daß nur die offensichtliche Ausuferung wie sonst, so auch hier den Arbeitskampf rechtswidrig werden läßt.

Sollte es darum gehen, die Bildung und den Zuwachs von Produktivvermögen in Arbeitnehmerhand in der Weise vorzusehen, daß von den Gewerkschaften getragene Fonds errichtet werden sollen, wäre das Bild wieder anders. In

einem solchen Falle würde letztlich bei gleichbleibender äußerer Gestalt vielleicht schon der tatsächliche Träger des Unternehmens, sicher aber die Gesamtwirtschaft eine sehr wesentliche Umgestaltung erfahren. Dann liegt aber nur ein Sonderfall des Problems einer Veränderung grundsätzlicher Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auf dem Wege über den Arbeitskampf vor, wobei hier allerdings die Frage der Entschädigung überhaupt keine Rolle spielen dürfte.

Nicht zuletzt stellt sich gerade in diesem Zusammenhang mit besonderer Schärfe die Frage, ob die Gewerkschaften nicht denaturieren, also aufhören, Koalitionen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG zu sein. Die Bildung von Fonds bei den Gewerkschaften, die diesen nach Lage der Dinge unmittelbar unternehmerische Aufgaben von sehr großem Gewicht für den Bereich der gesamten Wirtschaft zuordnen, setzt sie jederzeit der Konfliktmöglichkeit zwischen ihrer primären Aufgabe, den sozialen Schutz des Arbeitnehmers einschließlich möglichst seines wirtschaftlichen Schutzes zu garantieren, und ihrer Rolle als Faktoren im Räume der unternehmerischen Betätigung aus. Ein Hinweis auf das jugoslawische Modell zieht aus dem schon genannten Grunde nicht. Ebensowenig ist die Erwähnung der israelischen Gewerkschaft in ihrer Rolle als Unternehmer angebracht. Abgesehen davon, daß zuwenig empirisches Material über den sozialen Schutz derjenigen vorliegt, die gleichzeitig Gewerkschaftsangehörige und Arbeitnehmer bei der israelischen Gewerkschaft sind, läßt sich rechtslogisch die in Rede stehende Konfliktmöglichkeit nun einmal nicht aufheben. Daß mit alledem keine Einwendungen über die Bildung von Gewerkschaftsvermögen erhoben sind, sei zur Vermeidung von Mißverständnissen ausdrücklich gesagt.

Die Ausführungen dieses Aufsatzes sind entscheidend von dem Gedanken getragen, und er ist scharf, deutlich und nachdrücklich auszusprechen, daß eine Konfliktregelung lediglich um der Konfliktregelung willen im Grunde Schall und Rauch ist. Jede sinnvolle Konfliktregelung zielt ab auf den konfliktlosen Zustand. Ein vollkommener konfliktloser Zustand wird sich auf dieser Erde nicht erreichen lassen. Die Konfliktregelung, die aber gerade deswegen um so notwendiger ist, muß auf den Zustand der Ordnung abstellen. Ordnung, das ist zutiefst kein polizeistaatlicher Begriff und noch weniger ein Leerbegriff. Ordnung ist vielmehr dem Menschen gemäße und für ihn notwendige sinnvolle Ruhe, die eintritt und gegeben ist, weil jeder die ihm von der Sache her zukommende Position erhält und bewahrt.

Abschließend sei bemerkt, daß ich um die Spannungen innerhalb des Rechtsgedankens weiß; beim Arbeitskampfrecht werden sie besonders sichtbar. Zum Rechtsgedanken gehört, und zwar nicht erst seit 1949, unabdingbar auch der Sozialstaatsgedanke. Worauf es ankommt ist, daß weder nach der einen noch nach der anderen Seite eine Ausuferung erfolgt.